

La biodiversité : entre protection et exploitation

Aspects juridiques

Georges Virassamy

Volume 17, Number 3, December 2017

Biodiversités et gestion des territoires : de la connaissance des territoires à leur gestion maîtrisée au regard des différentes composantes biologiques

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058371ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Université du Québec à Montréal
Éditions en environnement VertigO

ISSN

1492-8442 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Virassamy, G. (2017). La biodiversité : entre protection et exploitation : aspects juridiques. *VertigO*, 17(3).

Tous droits réservés © Université du Québec à Montréal et Éditions en environnement VertigO, 2017



This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

La biodiversité : entre protection et exploitation

Aspects juridiques

Georges Virassamy

Introduction

- 1 Le droit de l'environnement est un droit relativement neuf, qui témoigne de l'intérêt contemporain porté à la préservation de notre cadre de vie. Il n'est pourtant pas inutile de relever que nous n'avons en réalité pas le monopole de ces préoccupations. Très tôt en effet, des dirigeants avaient pris des initiatives en ce sens. C'est ainsi que le Pharaon AKHENATON avait créé la première réserve naturelle en 1370 avant J. C. De même, l'empereur indien Asoka avait rédigé dès le III^e siècle AJC le premier édit protégeant différentes espèces d'animaux sauvages¹.
- 2 Si ces mesures sont restées relativement isolées, le développement de la population mondiale, la pression de l'urbanisme et du logement, les besoins alimentaires grandissant... ont conduit à une inévitable atteinte à l'environnement au sens large. Et il faut bien reconnaître que cela a un caractère inévitable si l'on se réfère à quelques données chiffrées. En 1969, la terre accueillait 3,5 milliards d'habitants. Aujourd'hui, nous sommes 7,5 milliards, soit une augmentation de plus 80 % en seulement 47 ans. A l'horizon 2050, il est question de 10 milliards d'habitants qu'il faudra bien nourrir, loger, éduquer...
- 3 En conséquence, partant de simples mesures ponctuelles ou éparpillées, il fallut élaborer une véritable politique juridique exprimant les valeurs que l'on entendait promouvoir en la matière, avec malheureusement cette marque indélébile : le droit de l'environnement est un droit du fait divers, entendu un droit qui se crée dans l'urgence d'événements souvent catastrophiques². Il n'a cependant pas échappé au législateur que deux exigences quelque peu contradictoires devaient être conciliées à l'occasion de la création de ce droit. D'une part, la satisfaction des besoins élémentaires des populations et singulièrement la nourriture et le logement, qui implique nécessairement une emprise

sur les assises foncières, y compris naturelles. D'autre part, la préservation de l'environnement et surtout de la biodiversité, qui conditionne la qualité de la vie des générations futures³.

- 4 Ce fut très tôt un axe majeur de la réflexion internationale, que l'on retrouve exprimé notamment dans la convention de Stockholm du 16 juin 1972 (principes 8 à 26), dans la déclaration de Rio du 13 juin 1992⁴ et dans celle de Johannesburg du 4 septembre 2002. Sur le plan interne, l'article 6 de la Charte relative à l'environnement, issue de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005, constitue l'assise textuelle de cette tentative de conciliation. Il dispose que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* »⁵.
- 5 Les textes français récents accentuent cette orientation, tout en soulignant l'importance de la protection de la biodiversité en particulier⁶. C'est le cas de la loi du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte et de manière encore plus significative de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.
- 6 Et de fait, si l'on ne peut contester la volonté des pouvoirs publics de parvenir à la conciliation de ces exigences, force est de constater que l'un des termes a fortement tendance à prévaloir sur l'autre. L'exigence de développement économique conduit en effet au dépassement de la préservation de la biodiversité par son exploitation. Probablement ne faut-il pas désespérer, car les textes récents témoignent d'une prudente remontée de la préoccupation de préservation.

Le dépassement de la préservation par l'exploitation

- 7 Les dirigeants nationaux et internationaux ont cru trouver la martingale de la conciliation des intérêts divergents, exploitation et protection de la biodiversité, au travers de la notion de développement durable⁷, et parfois dans celle de croissance ou d'économie verte. Mais le vrai quel est-il ? Le vrai est que, ainsi que cela a été observé, « *le concept de développement durable n'a pas tenu les promesses dont il semblait porteur en termes de préservation des ressources naturelles* »⁸ et il y a à cela une raison : « *l'objectif officiel de croissance verte et la promotion d'instruments juridiques de marchandisation de la nature conçue comme un capital, ne peuvent constituer l'horizon du droit de l'environnement* »⁹.
- 8 Effectivement, deux éléments sont venus perturber l'équilibre fragile que l'on tentait de trouver : la notion même de développement durable et l'orientation vers la marchandisation de la biodiversité.

La notion de développement durable

- 9 Le Rapport Brundtland en 1987, avait défini le développement durable comme un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins¹⁰. Dès lors apparaît une question essentielle : le développement durable serait-il alors la poursuite du développement, mais avec la condition supplémentaire d'une compatibilité avec le respect de l'environnement¹¹ ? A s'en tenir aux textes officiels, tel semble bien être le cas. L'article 6 de la Charte relative à l'environnement, issue de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 dispose en ce

sens que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». La Déclaration de Johannesburg qui exprime la volonté de faire avancer « le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, piliers interdépendants et complémentaires du développement durable ». Dans cet esprit, il a été souligné que le développement durable reposait sur trois piliers. Il doit être à la fois économiquement efficace, socialement équitable et écologiquement tolérable. Le social doit être un objectif, l'économie un moyen et l'environnement une condition.

- 10 Explicitement et nécessairement, la notion de développement durable n'exclut donc pas et même prévoit l'exploitation de l'environnement, sous la seule réserve que les générations présentes ne sacrifient pas les besoins des générations futures¹². Cette analyse est confirmée par l'introduction dans le Code de l'environnement d'un nouvel article L. 110-3 issu de la loi du 8 août 2016, qui prévoit expressément cette utilisation de la biodiversité, quitte à la conditionner à l'élaboration d'une stratégie nationale pour la biodiversité. Dès lors, même s'il est durable, le développement économique suppose une utilisation ou une consommation de la biodiversité qui, même si elle est maintenue au profit des générations futures, subit malgré tout une atteinte¹³. Au surplus, ce développement économique repose sur des moyens et en particulier sur des techniques dont il n'est pas sûr qu'elles soient compatibles avec la protection de la biodiversité.

La marchandisation de la biodiversité

- 11 Analysant les mécanismes de protection de la biodiversité, il nous est donné d'être témoin d'une curiosité. En protégeant, l'on parvient à la création d'un marché de la biodiversité et d'instruments de marchandisation de la biodiversité.

La création d'un marché de la biodiversité

- 12 Chacun s'accorde, tant au niveau national qu'international (et européen), sur la nécessité de protéger ou de préserver l'environnement et singulièrement la biodiversité. Et en France, pendant longtemps, les instruments principaux ont été la police administrative et le droit pénal au travers l'incrimination des comportements. Leur efficacité sur le long terme a été discutée, si bien que les pouvoirs publics se sont interrogés sur l'opportunité de moderniser et de revoir les moyens d'actions. On a ainsi relevé que « la Commission vient de lancer une vaste consultation publique sur l'utilisation accrue d'instruments fondés sur le marché à des fins de politique environnementale et d'énergie au sein de la Communauté. Les instruments fondés sur le marché tels que les taxes, les redevances et les systèmes de permis négociables constituent un moyen souple et d'un bon rapport coût-efficacité pour atteindre des objectifs stratégiques donnés ».
- 13 La formule était lancée : « des instruments fondés sur le marché ».
- 14 Et de fait, la Commission lançait son livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes¹⁴, initiative largement approuvée par le Parlement Européen dans son rapport du 19 février 2008. Les rapporteurs indiquaient ainsi :
- « 7. salue le livre vert ; invite instamment la Commission à mettre au point une stratégie précise en ce qui concerne l'utilisation des instruments fondés sur le

marché en vue de donner un prix aux dommages causés à l'environnement et de corriger les défaillances du marché constatées dans ce domaine, laquelle couvrirait la fiscalité, la révision du système communautaire d'échange de quotas d'émission (SCEQE), les échanges commerciaux et la politique technologique ;

8. demande qu'à l'occasion de l'élaboration de sa stratégie d'application des instruments fondés sur le marché, la Commission examine et élabore un rapport global sur l'efficacité des dispositions environnementales communautaires actuellement mises en œuvre afin de déterminer les domaines dans lesquels il conviendrait de remplacer les dispositions actuelles par des instruments fondés sur le marché »¹⁵.

- 15 Face à cette initiative européenne, il n'est pas étonnant que les pouvoirs publics français aient, eux aussi, choisi de s'y aventurer¹⁶. Pratiquement comment cela se présente-t-il¹⁷ ?
- 16 Toute entreprise exploitant une installation bénéficiaire d'une autorisation d'émission de gaz à effet de serre, doit se voir remettre, par l'Etat, des quotas d'émission pour une période déterminée (art. L. 229-7 du code de l'environnement). Il peut arriver qu'elle dépasse son seuil de quotas, ce qui techniquement, serait de nature à bloquer son activité. Mais il peut exister une autre entreprise du secteur qui produit, elle, sans autant polluer et qui dès lors ne consomme pas tous ses quotas d'émission. Cette seconde entreprise peut alors céder sa quantité excédentaire de quotas d'émission à la première, créant ainsi un marché des droits de polluer¹⁸.
- 17 Ce système et ce marché sont parfaitement légaux. L'article L. 229-15 du Code de l'environnement dispose en ce sens :
- « I.-Les quotas d'émission de gaz à effet de serre délivrés aux exploitants d'installations autorisées à émettre ces gaz ou aux exploitants d'aéronef sont des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre national mentionné à l'article L. 229-16. Ils sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs. Ils peuvent être cédés dès leur délivrance sous réserve des dispositions de l'article L. 229-18.
- II.-Les quotas d'émission peuvent être acquis, détenus et cédés par tout exploitant d'une installation au titre de laquelle a été délivrée par un Etat membre de la Communauté européenne une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre, par tout exploitant d'aéronef mentionné à l'article L. 229-5, par toute personne physique et par toute personne morale, conformément aux dispositions du règlement pris en application de l'article 19 de la directive du 13 octobre 2003 régissant l'ouverture de comptes dans le registre de l'Union »¹⁹.
- 18 Possibilité de cession et possibilité d'acquisition, autrement existence d'une offre et d'une demande, et voilà donc un marché qui s'installe dans un secteur qui relève pourtant de l'ordre public²⁰.
- 19 C'est la même orientation qui a été retenue en matière de biodiversité avec la récente loi du 8 août 2016, qui a instauré un partage des avantages à l'accès aux ressources génétiques. L'article L. 412-4 du code de l'environnement définit l'accès aux ressources génétiques comme, « les activités de recherche et de développement sur la composition génétiques ou biochimique de tout ou partie d'animaux, de végétaux, de micro-organismes ou autre matériel biologique contenant des unités de l'hérédité, notamment par l'application de la biotechnologie, ainsi que la valorisation de ces ressources génétiques, les applications de la commercialisation qui en découlent ». Et puisque le résultat de cet accès est de nature à faire l'objet d'une commercialisation et donc à être mis sur le marché, la loi impose un partage juste et équitable des avantages découlant de cette utilisation (art. L. 412-3 du code de l'environnement)²¹.

- 20 L'importance attachée à cette innovation est traduite par l'incrimination du fait d'utiliser les ressources génétiques de manière irrégulière, c'est-à-dire sans l'autorisation requise, la sanction pouvant aller jusqu'à un million d'euros lorsque l'utilisation des ressources génétiques a donné lieu à une utilisation commerciale. Dans toutes ces hypothèses, il apparaît que l'utilisation de l'environnement ou de la biodiversité est aujourd'hui dans le commerce.
- 21 Mais de quoi s'agit-il précisément²² ? On pourrait être tenté d'y voir une forme de permis de polluer ou plus clairement une autorisation de polluer contre indemnité²³. La formule est forte, mais elle n'est pas dépourvue de vérité. Le mécanisme de compensation des atteintes à la biodiversité mis en place par l'article L. 163-1 du code de l'environnement tend à confirmer cette analyse. Il est en effet prévu depuis la réforme issue de la loi du 8 août 2016, que « toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité y satisfait soit directement, soit en confiant, par contrat, la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation défini au III du présent article, soit par l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation défini à l'article L. 163-3 ».
- 22 On s'accorde plus généralement à voir dans ces mécanismes une forme nouvelle de biens, étrangère aux figures familières du code civil. Figures peu familières certes, mais des biens malgré tout, parfaitement cessibles ou attachés à l'exploitation et transmissibles avec elle, ainsi que le juge constamment la Cour de cassation à propos des quotas betteraviers, mais l'analyse vaudrait dans les mêmes termes pour les quotas d'émission ou les autorisations d'accès aux ressources génétiques²⁴. D'ailleurs, l'article L. 229-22 du code de l'environnement indique expressément que les unités de réduction des émissions et les unités de réduction d'émissions certifiées, sont des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans le registre européen mentionné à l'article L. 229-16 et « qu'ils sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs. Ils peuvent être cédés dès leur délivrance ».
- 23 Mais alors apparaît une contradiction. A l'article L. 110-1 du code de l'environnement, le législateur considère que « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation ». De même, la Charte pour l'environnement indique expressément dans l'un de ses considérants que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ». Un auteur avait ainsi pu considérer que « parler d'environnement rompt nécessairement avec la dialectique traditionnelle du droit des biens : aucune des qualifications traditionnelles, biens, res nullius, res communis, n'est en mesure de traduire la plénitude des caractères des éléments qui composent l'environnement. On ne trouve pas de formule plus satisfaisante que le constat qu'ils appartiennent à un « patrimoine commun » pour signifier leur spécificité »²⁵.
- 24 C'est assez dire que ces biens sont nécessairement indisponibles. Mais si cette qualification peut être effectivement retenue, comment permettre l'exploitation privative de la biodiversité, sa mise sur le marché ou sa titrisation²⁶ ?

La brevetabilité de la biodiversité

- 25 C'est encore l'esprit de marché qui explique cette orientation. Toute entreprise est normalement exposée à la concurrence, de sorte que pour gagner ou conserver ses parts

de marché, elle doit lutter féroce­ment contre ses concurrents, en développant tantôt une concurrence par les prix, tantôt une concurrence par les mérites. Mais tout est nettement plus facile s'il n'y a pas de concurrent. C'est notamment le cas lorsque l'on est seul à profiter des utilités d'une chose, et l'on y parvient en bénéficiant de l'exclusivité de celle-ci. Cette exclusivité peut être obtenue par le droit de propriété, mais aussi par un mode de réservation tel qu'un brevet d'invention ou un droit de propriété industrielle²⁷.

- 26 Certes, il est constant que tout ne peut faire l'objet d'un brevet et d'ailleurs le Code de la propriété intellectuelle exclut expressément de la brevetabilité toute une série d'éléments. C'est le cas du corps humain (art. L. 611-18), des races animales, des variétés végétales, des procédés essentiellement biologiques pour l'obtention des végétaux et des animaux, ou encore des produits exclusivement obtenus par des procédés essentiellement biologiques (art. L. 611-19)²⁸. Reste que la marchandisation de la biodiversité a réussi à franchir la barrière des exclusions de brevetabilité et force est de constater qu'elle peut se recommander d'un patronage imposant : la convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992. Il a été observé à propos de cette convention, qu'elle va « désacraliser la biodiversité qui devient un vecteur de profit potentiel » et que dans ce système, la biodiversité devient une ressource commerciale comme une autre, que l'Etat exploite selon sa politique d'environnement²⁹.
- 27 Cette brevetabilité a été confirmée par la directive du Parlement et du conseil du 6 juillet 1998 et par la récente loi française du 8 août 2016. L'article L. 611-19 dispose en effet que « *les inventions portant sur des végétaux ou sur des animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée* »³⁰. Autrement dit, « *une plante peut désormais être brevetable si elle n'est pas revendiquée sous la forme d'une variété, et si techniquement, elle ne donne pas naissance qu'à des variétés au sens de la réglementation du certificat d'obtention végétale* »³¹.
- 28 C'est dire que qu'avec cette évolution récente du droit de la propriété intellectuelle, le vivant est devenu brevetable³². Et qui dit brevet, dit droit exclusif de l'inventeur sur son invention et par suite obligation pour tout intéressé de le rémunérer pour les licences d'exploitation indispensables. La marchandisation de la biodiversité est désormais une réalité dont il conviendra de tenir compte.
- 29 Tout n'est cependant pas sombre, car ce premier mouvement s'accompagne d'une prudente remontée de la préoccupation de préservation de la biodiversité.

La remontée prudente de la préservation de la biodiversité

- 30 Si les pouvoirs publics ont, nolens volens, cédé à la tentation de marchandiser la biodiversité, il faut leur reconnaître une volonté nouvelle qui fait désormais de la préservation de celle-ci un objectif majeur, sans il est vrai faire disparaître l'autre préoccupation, ne serait-ce d'ailleurs que parce que le droit de l'Union européenne l'a inscrite au rang de ses préoccupations. Se sont ainsi succédé plusieurs textes significatifs, telle la loi n° 2008-757 du 1er août 2008, relative à la responsabilité environnementale. Si ajoute l'instrument le plus significatif de cette nouvelle politique que constitue la loi n° 2006-1087 du 8 août 2016 dont l'intitulé est à lui seul un programme : pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages³³.

- 31 En saluant au passage la création de l'Agence française pour la biodiversité, appelée à devenir l'acteur majeur de cette politique³⁴, on soulignera les nouveaux outils de protection de la biodiversité que sont la responsabilité environnementale, la création de l'obligation réelle environnementale.

La consécration de la responsabilité environnementale

- 32 Il est classiquement affirmé en doctrine que le droit de l'environnement, discipline relativement neuve et jeune, réalise des emprunts dans les autres disciplines afin de parvenir à ses fins, la protection en particulier de la biodiversité. Et pendant longtemps, les outils sont venus du droit public avec la police administrative, sans oublier la mobilisation des ressources du droit pénal au travers de multiples incriminations. Le droit privé est lui aussi sollicité, tout en étant bien en peine de lui apporter ce concours faute de disposer lui-même des outils techniques nécessaires. Par suite, c'est tantôt en déformant l'existant, tantôt en innovant purement et simplement, que le législateur a forgé des instruments qui sont de nature à contribuer à l'objectif de protection recherché.
- 33 La meilleure manière de préserver la biodiversité, c'est d'anticiper les conséquences de l'activité humaine et donc les risques, parfois très graves, auxquels elle va se trouver exposée de ce fait. Ainsi s'explique la forte présence en droit de l'environnement du principe de précaution, l'un des grands principes directeurs définis par l'article L. 110-1 du code de l'environnement³⁵. La difficulté tient cependant au fait qu'en dépit des précautions prises, un sinistre peut advenir. Se pose alors nécessairement la question de la réparation.
- 34 Sur quel fondement ? L'article L. 162-2 du Code de l'environnement a posé une exclusion en indiquant que « *une personne victime d'un préjudice résultant d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente d'un tel dommage, ne peut en demander réparation sur le fondement du présent titre* ». Il invitait implicitement la victime à demander réparation sur le terrain de la responsabilité de droit commun. Le problème est que les principes classiques de la responsabilité civile s'y prêtaient mal. Outre qu'il fallait identifier la victime, titulaire du droit d'agir, se posaient également la question de l'évaluation et celle de la réparation du dommage, de la création d'un régime de responsabilité objective ou non³⁶. Il fallut dès lors imaginer un régime spécifique de responsabilité, à savoir la responsabilité environnementale³⁷, mettant en exergue la particularité du dommage en cause : le dommage ou le préjudice écologique³⁸.
- 35 La loi du 1^{er} août 2008 avait posé les premiers jalons en ce sens, même si, plus qu'un véritable régime de responsabilité, elle reposait essentiellement sur la police administrative avec un intéressant mécanisme d'anticipation ou de prévention des dommages³⁹. C'est la loi du 8 août 2016 qui installe véritablement en droit français la responsabilité environnementale dans toute sa dimension :
- L'imputation de la réparation : « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer » (art. 1246 du code civil) ;
 - La définition du préjudice écologique : « atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de son environnement » (art. 1247 du code civil) ; à quoi s'ajoutent les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences (art. 1251) ;

- Le titulaire du droit d'agir : l'action est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements, les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance et qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement (art. 1248) ;
 - Les modalités de la réparation : elle s'effectue par priorité en nature (art. 1249), avec possibilité d'une astreinte (art. 1250) ;
 - La prescription : dix ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître la manifestation du préjudice écologique (art. 2226-1 du code civil).
- 36 Il est à penser que la responsabilité civile, dans sa fonction préventive des comportements illicites ou imprudents, contribuera à la préservation de la biodiversité.

La consécration des obligations réelles environnementales

- 37 Dans la recherche du maintien en l'état de la biodiversité, les pouvoirs publics avaient trouvé un outil dans ce mécanisme que constituent les servitudes environnementales. Il s'agit de servitudes d'utilité publique, autrement dit administratives, qui viennent grever le droit de propriété, en vertu de la loi ou du règlement. Supportées par des terrains ou des fonds, elles emportent interdiction de construire, de porter atteinte à l'aspect naturel d'un site, l'impossibilité de chasser, de pêcher ou de cultiver le terrain, entraînant ainsi une réduction plus ou moins importante de la valeur du bien concerné⁴⁰.
- 38 Ces servitudes suscitaient deux difficultés. En premier lieu, alors qu'elles portaient atteinte au droit de propriété, elles n'impliquaient pas nécessairement une indemnisation du propriétaire concerné. Et plus important encore, elles n'impliquaient pratiquement que des obligations de ne pas faire, quand la protection de la biodiversité aurait, ici ou là, nécessité des actions positives. D'où l'intérêt de la création des obligations réelles environnementales par la loi du 8 août 2016⁴¹. On peut les définir « *comme l'obligation liée à une chose (et dite propter rem) qui naît entre un débiteur et un créancier, dont l'un des deux n'est pas tenu en tant que tel, mais en raison de sa titularité d'un droit réel principal* »⁴². De cette définition découle l'intérêt de l'obligation réelle.
- 39 Normalement, en droit des obligations, l'obligation est un lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur, avec cette particularité que le créancier ne peut demander l'exécution qu'à son débiteur. En pratique, si par exemple l'exploitant d'un bien contracte l'obligation de préserver un site de biodiversité, il est seul tenu par cette obligation. Par suite, s'il vient à vendre le site, le nouvel acquéreur ne sera nullement tenu de l'obligation de conserver. En introduisant en droit français la notion d'obligation réelle, on parvient à un résultat différent. En reprenant le même exemple, cela signifie que l'obligation d'entretenir ou de préserver le site s'imposera non seulement au propriétaire initial, mais également au nouvel acquéreur, tenu propter rem (à cause de la chose)⁴³.
- 40 L'autre intérêt de l'obligation réelle, c'est d'avoir « *pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* », autrement dit de pouvoir imposer une action positive et non une simple abstention comme dans l'hypothèse de la servitude environnementale.
- 41 Conscient de l'importance de cette mesure, le législateur a prévu, pour inciter à y recourir, que les communes, sur délibération du conseil municipal, peuvent exonérer de

la taxe foncière sur les propriétés non bâties, les propriétaires ayant conclu une obligation réelle environnementale (art. L. 132-3.III).

La consécration de la compensation des atteintes à la biodiversité

42 Il a été dit que le développement durable impliquait malgré tout une atteinte à l'environnement et à la biodiversité. Il n'est dès lors pas inutile de souligner que l'un des principes directeurs figurant à l'article L. 110-1 du code de l'environnement est le principe d'action préventive et de correction. Il s'agit, dit ce texte, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées. Fallait-il encore organiser le régime juridique de la compensation des atteintes constatées et c'est l'un des intérêts de la loi du 8 août 2016 que de l'avoir enfin fait au travers des articles L. 163-1 et suivants du code de l'environnement. Ces textes définissent :

1. *Les objectifs* : il s'agit « de compenser, dans le respect de leur équivalence écologique, les atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification », l'objectif final étant l'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité (al. 1 et 2).
2. *Les moyens* : les mesures de compensation « doivent se traduire par une obligation de résultats et être effectives pendant toute la durée des atteintes ». Ce texte invite donc à procéder non à un jugement de valeur sur le comportement de l'auteur des atteintes et les moyens mis en œuvre par lui, lesquels peuvent effectivement être exempts de reproches, mais à un jugement de résultat : en résulte-t-il une absence de perte voire un gain de biodiversité ?
3. *Les personnes tenues* : il s'agit bien évidemment de la personne à l'origine des atteintes à la biodiversité, mais qui peut s'en décharger, par contrat, sur un opérateur de compensation⁴⁴. Pour autant, cette substitution contractuelle n'a pas pour résultat d'absoudre définitivement cet auteur, puisque le texte précise que « dans tous les cas le maître d'ouvrage reste seul responsable à l'égard de l'autorité administrative qui a prescrit ces mesures de compensation ».
4. *La localisation des mesures* : par définition, c'est sur le site même où s'est produite l'atteinte à la biodiversité que doivent intervenir les mesures de compensation. Mais l'article L. 163-3 admet qu'elles puissent être mise en œuvre ailleurs, sur ce que le texte désigne comme « des sites naturels de compensation ». Cette solution a le mérite de souligner à l'attention des auteurs d'atteintes que leurs pratiques auront nécessairement un coût pour eux, même si la compensation n'intervient pas sur le site endommagé. Mais elle a pourtant un inconvénient : la restauration obligatoire du site endommagé peut présenter un grand intérêt pour les populations voisines. C'est pourquoi il importe d'insister ou de mettre l'accent sur le principe défini à l'article L. 163-1 : la priorité à la restauration du site endommagé.
5. *Les sanctions* : L'article L. 163-4 combine une mise en demeure de mettre en œuvre les mesures de compensation, éventuellement suivie de la substitution de l'autorité administrative dans l'exécution de ces mesures, mais aux frais du défaillant, sans préjudice d'une amende administrative et de poursuites pénales.

43 Indiscutablement, à défaut d'avoir su prévenir les atteintes à la biodiversité, le législateur fait preuve d'une ferme volonté de restauration ou de compensation, la question étant de savoir si l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité voire de gain de biodiversité n'est pas illusoire.

Conclusion

44 Il a été très justement relevé que depuis l'après-guerre, le débat d'idées en économie du développement a tourné autour de quatre concepts majeurs : croissance, développement, développement durable et décroissance, le passage de l'un à l'autre tenant compte des dégâts environnementaux⁴⁵. Il faut probablement et malheureusement y ajouter un cinquième concept : la transition écologique vers une économie circulaire que vise expressément l'article L. 110-1 du code de l'environnement. Reste que si la perspective est louable et est même indispensable, se pose cela étant la question de savoir comment concilier le caractère nécessairement coercitif du droit de l'environnement, avec les règles considérablement libérales du droit des contrats contemporain auquel le législateur semble aujourd'hui vouloir confier la protection de l'environnement⁴⁶.

NOTES

1. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Puf., 4^e éd., 2016, n° 1.
2. V. pour un rappel de quelques faits divers significatifs, A. VAN LANG, *Op. cit.*, p. 4. - La même observation pourrait à certains égards être faite à propos de la responsabilité civile, T. HASSLER, *Le gauchissement des règles de la responsabilité civile en cas d'accidents collectifs ou de risques majeurs*, LPA, 8 juin 1994. - M.-F. STEINLE-FEUERBACH, *Le droit des catastrophes à l'épreuve du judiciaire*, Mélanges en l'honneur de Georges WIEDERKEHR, éd., Dalloz, 2009, p. 795.
3. Sur la situation de ces créanciers, Y. GOFFI, *Le destinataire de l'obligation : le cas des générations futures*, in *L'obligation*, arch. Philo. Du droit, t. 44, 2000, p. 233. - E. SEBILEAU, *Généralités futures et droit privé*, th. Orléans 2008.
4. Principe 25 de la Déclaration de RIO : « la paix, le développement et la protection de l'environnement sont interdépendants et indissociables », et Déclaration de Johannesburg qui exprime la volonté de faire avancer « le développement économique, le développement social et la protection de l'environnement, piliers interdépendants et complémentaires du développement durable ». - V. A. KISS et J.-P. BEURIER, *Droit international de l'environnement*, Pédone, 3^e éd., 2004, p.
5. Mais comment prévoir cette possibilité de mettre en valeur l'environnement, avec la reconnaissance dans les considérants de la Charte que « l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains » (considérants n° 3), ce qui exclut implicitement mais nécessairement toute préoccupation économique ? Il est significatif que cette formule n'ait pas été reprise dans les articles de la Charte et qu'elle ne figure que dans l'article L. 110-1 du code de l'environnement, la privant ainsi de toute valeur constitutionnelle.
6. « On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants » (art. L. 110-1 du code de l'environnement)
7. V. E. ZACCAI, *Qu'est-ce que le développement durable*, http://www.citesciences.fr/francais/ala_cite/conferen/rio/global_fs.htm, qui observe que, apparue durant les années 80, et montée en

puissance durant la décennie suivante, la figure du développement durable s'est avérée une excellente candidate réconciliatrice, p. 2.

8. A. VAN LANG, *Op. cit.*, n° 7, p. 8.

9. A. VAN LANG, *Op. cit.*, n° 7, p. 8.

10. Cf. Art. L. 110-1.II du code de l'environnement

11. E. ZACCAI, Art. précité, p. 2. - Cf. J.-J. GOUGUET, *Développement durable et décroissance*, in *Mélanges Michel PRIEUR*, éd., 2007, p. 133, qui considère que le développement durable peut être perçu comme de la croissance économique sous contrainte écologique.

12. Cf. art. L. 110-1 du code de l'environnement : « II. - *Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* ». - V. toutefois l'un des considérants de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, dans lequel il est affirmé sans autre précaution de langage, que « *le développement économique et social et l'éradication de la pauvreté sont les premières priorités des pays en développement qui prennent le pas sur toutes les autres* ».

13. A. TOMADINI, *La liberté d'entreprendre et la protection de l'environnement. Contribution à l'étude des mécanismes de conciliation*, th. L. G. D. J. 2016.

14. Livre vert du 28 mars 2007.

15. Rapport du 9 février 2008, sur le Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes (2007/2203(INI)).

16. B. CHEVASSUS AU LOUIS, *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes. Contribution à la décision publique*, La documentation française, 2009. - G. SAINTENY, *La prise en compte de la valeur de la biodiversité dans les décisions publiques*, in *La régulation environnementale*, L. G. D. J., 2012, (dir. G. J. MARTIN et B. PARANCE, p. 51.

17. V. M. BAZEX, *Les instruments de marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, in *Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1191.

18. Sur cette rencontre, G. PARLEANI, *Marché et environnement, Droit de l'environnement* n° 126, mars 2005, p. 52.

19. V. également l'article L. 229-22 du Code de l'environnement qui indique expressément que les unités de réduction des émissions et les unités de réduction d'émissions certifiées, respectivement délivrées en application des articles 6 et 12 du protocole de Kyoto précité et des décisions prises par les parties pour leur mise en œuvre... sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs. Ils peuvent être cédés dès leur délivrance.

20. M. MOLINER-DUBOS, *Le système français d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre*, AJDA 2004, p. 1132. - V. MANSUY, *L'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, *Environnement* 2004, Et. 15. - P. HERBEL et P. KROMAREK, *Un exemple d'instrument économique de protection de l'environnement : la réduction des émissions de gaz à effet de serre*, D. 2007, p. 963. - M. BAZEX, *Les instruments de marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement : l'exemple du système des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, in *Mélanges M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1191.

21. La contribution financière susceptible d'être versée par l'utilisateur est encadrée dans son montant par l'article L. 412-8.V du code de l'environnement (5% du chiffre d'affaires annuel mondial hors taxes).

22. T. CHAUMEIL et M. J.H. SMITH, *Réflexions sur le statut juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, BDEI n° 2/2003, p. 9. - M. MOLINER, *Pollution atmosphérique : analyse du droit d'émission négociable sous l'angle du droit privé*, *Gaz. Pal.*, 12-14 octobre 2003, p. 18. - B. Le BARS, *La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2004 - réflexions sur*

l'adaptabilité du droit des biens, JCP. éd. G. 2004. I.148. - Y. JEGOUZO, *Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ?* AJDA 2004, p. 945.

23. Th. REVET, *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre*, D. 2005, p. 2632, qui parle de « permis de polluer », tandis que H. de GAUDEMAR, *Les quotas d'émission de gaz à effet de serre*, RFDA 2009, p. 25, considère quant à lui que « les quotas n'attribuent pas un droit à polluer qui serait de nature patrimoniale. Ils délivrent une autorisation de polluer ».

24. Cass. civ. 3^e, 19 juin 2002, n° 01-03160 : « que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a exactement retenu qu'en application de l'article 12 de l'accord interprofessionnel du 21 février 1997, les quotas betteraviers étaient en cas de reprise partielle des terres labourables répartis avant transfert entre les exploitants dans les mêmes proportions que les terres labourables et que le transfert en propriété ou en jouissance de tout ou partie d'une exploitation agricole entraînait corrélativement le transfert en propriété ou en jouissance du quota betteravier qui lui est attaché au prorata des surfaces labourables transférées ». - Cass. civ. 3^e, 27 mars 2002, Bull. civ. III, n° 73, p. 63. - Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 2003, RTD civ. 2003, p. 730 (n° 02-14958), note Th. REVET: « qu'ayant exactement relevé, sans violer l'autorité de la chose jugée, que M. X... était sans droit à cultiver les terres des bailleurs pour la campagne 1988-1989 et ne pouvait donc leur imposer l'abandon des quotas betteraviers relatifs à cette campagne et aux suivantes et que le principe d'un préjudice était définitivement acquis, la cour d'appel a, pour fixer l'indemnité à une certaine somme, retenu que les quotas betteraviers étaient irrémédiablement perdus tout comme la valeur patrimoniale qui s'y attachait, ce qui privait d'un large intérêt la vente des terres libres ». - Ph. PETEL, *Les droits de plantation et le droit d'arracher la vigne*, in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 799. - J. ISSER, *Le quota betteravier*, RD rur. 1985, p. 490.

25. F.-G. TREBULLE, *Les titres environnementaux*, RJE, 2011/2 (Volume 36), p. 188 et du même auteur, in *Les concepts émergents en droit des affaires*, L. G. D. J., 2010, (dir. E. Le DOLLEY) p. 411.

26. V. F.-G. TREBULLE, *La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel*, in *Etudes offertes à Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 659.

27. V. G. VIRASSAMY, *Entreprise et propriété*, in *L'entreprise face au bicentenaire du code civil*, Travaux du CERJDA, Vol., 5, l'Harmattan, 2005, p. 123

28. Sur ces exclusions, V. J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 7^e éd., 2012, n° 253 et s.

29. J.-P. BEURIER, *La protection juridique de la biodiversité marine*, in *Mélanges M. PRIEUR*, éd., 2007, p. 813. - V. sur ce point l'article 19.2 de la Convention.

30. C'étaient déjà les termes de la directive de 1998 (art. 4).

31. J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Op. cit.*, n° 254.

32. J.-P. BEURIER, Art. précité, p. 813.

33. Ce texte s'ouvre de manière bienvenue sur une modification de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, en augmentant le nombre des principes directeurs du droit de l'environnement.

34. La prolifération désordonnée, sans textes précis et l'absence d'instance de gouvernance et de pilotage avaient été critiquée, V. M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, 6^e éd., 2011, n° 32.

35. P. MARTIN-BIDOU, *Le principe de précaution en droit de l'environnement*, RGDIP., 1999, p. 631.- M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, th. L. G. D. J., 2005. - D. TAPINOS, *Prévention, précaution et responsabilité civile. Risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile*, th. l'Harmattan, 2008. - L. WILLIATTE-PELLETERI, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des événements aléatoires dommageables*, th. L. G. D. J., 2009.

36. Sur ces difficultés, V. B. PARANCE, *La responsabilité environnementale en tant que mode de régulation des dommages causés à l'environnement*, in *La régulation environnementale*, L. G. D. J., 2012, p. 76. - T. TACHEIX, *Le dommage de non restauration de l'environnement et la pollution optimale*, Mélanges Michel PRIEUR, 2007, p. 1657.

37. G. J. MARTIN, *La responsabilité environnementale*, in O. BOSCOVIC (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement*, éd., Dalloz, 2010, p. 9 et s. - S. CARVAL, *Un intéressant hybride : la responsabilité environnementale de la loi n° 2008-757 du 1er août 2008*, D. 2009, p. 1652
38. V. REBEYROL, *Où en est la réparation du préjudice écologique*, D. 2010, p. 1804. - Sur la critique du système ancien, A. VAN LANG, *De l'art du trompe-l'œil. Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale*, in Mélanges M. PRIEUR, 2007, p. 1671.
39. Art. L. 161-1 et L. 162-3 du code de l'environnement. - Ph. BILLET, *Clé de lecture du nouveau régime de responsabilité environnementale*, J. C. P. 2009. éd., E, 1661.
40. A. VAN LANG, Art. précité, p. 1679 et 1680.
41. Sur l'attente suscitée par cette obligation réelle, G. J. MARTIN, *Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation propter rem de protection de l'environnement*, RJE., n° spécial, 2008, p. 123.
42. J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, th. Puam., 2002, n° 4.
43. Art. L. 132-3 du code de l'environnement « *Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques* ».
44. Illustration supplémentaire du rôle du contrat dans la protection de l'environnement, V. sur ce point la belle thèse de V. MONTEILLET, *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017.
45. J.-J. GOUGUET, *Développement durable et décroissance*, in Mélanges Michel PRIEUR, éd., 2007, p. 123.
46. V. V. MONTEILLET, thèse précitée. - M. BOUTONNET, *L'efficacité environnementale du contrat*, in *L'efficacité du droit de l'environnement*, D. 2010, p. 21 (sous la dir de BOSKOVIC). - M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le contrat et l'environnement*, Puam., 2014. - M. BOUTONNET, *Le contrat environnemental*, D. 2015, p. 217. - V. également V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, th. Economica, 2002.
-

AUTEUR

GEORGES VIRASSAMY

Professeur à l'Université des Antilles, Directeur du Centre d'Etudes et de Recherches Juridiques en Droit des Affaires (CERJDA), Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie de la Martinique, Président honoraire de l'Université des Antilles.